

CAPITOLO PRIMO

COMPARAZIONE E CRITICA AL GIUSPOSITIVISMO

1. Una sfida all'ortodossia teorica

I comparatisti sono soliti presentare la loro materia come una reazione allo studio dei diritti nazionali, tradizionalmente condotto da autori poco attrezzati a valorizzare punti di vista alternativi a quelli tipici dell'ordinamento di provenienza. L'attenzione per i diritti diversi dal loro, infatti, porta i comparatisti a vivere in una sorta di «idolatria trasgressiva» che induce a relativizzare quanto i «sacerdoti del diritto locale» considerano verità assolute per poi assumere una pluralità di punti di vista. In tal senso si usa dire che il discorso comparatistico è «un discorso ribelle, un contro discorso, un discorso di resistenza»¹, e che il diritto comparato costituisce uno strumento di conoscenza critica del diritto cui attribuire una valenza «sovversiva» dell'ordine prodotto dall'«ortodossia teorica»²: innanzi tutto l'ortodossia cui si deve la riduzione del diritto alle sue fonti formali di produzione, ma più in generale quelle che impediscono di «espandere l'agenda delle possibilità disponibili»³.

Tra gli ostacoli alla conoscenza critica del diritto campeggia il positivismo giuridico o giuspositivismo: un approccio i cui fondamenti teorici furono definiti nel corso del Settecento e per molti aspetti tuttora resistente, motivo per cui si annovera tra i principali bersagli della comparazione giuridica. Il giuspositivismo conduce infatti a un'immagine talmente falsata e banalizzata del diritto studiato, che la credenza secondo cui sia invece produttivo di buoni risultati, come ritenuto ancora nello studio dei diritti nazionali, viene equiparata a una fede mitologica⁴.

A ben vedere, al positivismo giuridico si possono riconoscere meriti importanti, soprattutto dal punto di vista storico. Se non altro, esso fu determinante

¹ P. Legrand, *Droit comparé*, 5^a ed., Paris, 2015, pp. 21 e 24.

² H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 505.

³ G. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 695.

⁴ Cfr. P. Legrand, *Questions à Rodolfo Sacco*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1995, p. 968.

nel far tramontare le strutture ereditate dalla società feudale, alla base di un ordine sociale immobile fondato sulla differenza di ceto, per cui l'individuo veniva sciolto entro le molteplici comunità in cui operava: da quella familiare a quella religiosa, da quella politica a quella economica.

L'ordine di tipo feudale traeva forza e legittimazione dal suo essere ritenuto un fatto naturale, un dato preesistente a coloro i quali vi appartenevano, che dunque erano diseguali dalla nascita e condannati a restare tali lungo l'intero arco della loro vita. Il tutto presidiato da un diritto, naturale appunto, le cui regole erano sottratte alla disponibilità dei suoi destinatari: non le producevano, e tanto meno potevano alterarle. Si legittimava così l'immobilità di un modo di stare insieme come società fondato sull'«assioma dell'ontologica differenziazione degli esseri», oltre che sulla loro «necessaria disposizione gerarchica»⁵.

Un simile assetto mutò per l'evolversi del diritto naturale, che con l'illuminismo finì per assumere le vesti di un diritto razionale, ricomprendendo in tal modo principi ricondotti alla ragione, oltre che alla natura: come in particolare quello per cui gli individui sono considerati liberi e uguali dalla nascita. Determinante per il superamento dell'ordine feudale fu però la riduzione del diritto naturale a insieme di precetti filosofico morali, in quanto tali produttivi di soli vincoli interni. Quei precetti potevano ritenersi diritto solo se venivano posti da un legislatore terreno: di qui l'identificazione del diritto con la legge, unica fonte capace di produrre vincoli esterni, quindi giuridici. E questa identificazione, alla base del concetto di diritto posto o positivo, fu appunto il nucleo portante del giuspositivismo⁶.

Più precisamente, questa fu la versione francese del positivismo giuridico, non a caso definito in termini di positivismo legislativo. Esso venne incarnato dalla figura di Napoleone Bonaparte nella sua veste di padre del Codice civile francese del 1804, testo alla cui redazione prese personalmente parte, per poi concepire ruoli del tutto marginali per gli studiosi impegnati a commentarlo, così come per i giudici chiamati ad applicarlo. Gli studiosi si sarebbero limitati a una mera parafrasi del testo: da cui il nome di Scuola dell'esegesi, coniato per alludere al ruolo secondario riservato alla dottrina sino a tutto il diciannovesimo secolo (II.1.2). Similmente, i giudici avrebbero declinato le parole del legislatore al livello del caso concreto avendo cura di non alterarle o integrarle: semplicemente sarebbero stati «la bocca che pronuncia le parole della legge», e con ciò l'espressione di un potere «invisibile e nullo», secondo la celebre definizione che si deve a Montesquieu⁷.

È vero che quest'ultima espressione viene mutuata dalla teoria della tripartizione dei poteri così come elaborata da Montesquieu, per il quale essi dovevano

⁵P. Costa, *Cittadinanza*, Roma e Bari, 2005, p. 14.

⁶N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1977), Roma e Bari, 2011, p. 90 ss.

⁷Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Libro 11 Cap. 6.

essere coordinati al fine di un loro reciproco bilanciamento⁸. Peraltro, e in questo risiede l'essenza del positivismo legislativo, nell'esperienza francese la tripartizione dei poteri venne riletta alla luce dell'organicismo espresso dall'idea della nazione come corpo politico collettivo riconducibile al pensiero di Rousseau⁹. Di qui l'esaltazione del potere legislativo, che in quanto espressione più diretta della volontà popolare doveva sovrastare gli altri poteri e in particolare quello giudiziario, ritenuto una sorta di potere subordinato o delegato (II.3.5).

Una diversa forma di giuspositivismo si affermò invece in area tedesca nella prima metà dell'Ottocento. È il giuspositivismo promosso dalla Scuola storica, sorta per combattere la riduzione del diritto alla legge e con essa il sistema di valori alimentato dalla Rivoluzione francese prima e dal potere napoleonico poi. Reazione romantica, e dunque antilluminista, alla base della credenza secondo cui il diritto positivo era quello posto dal popolo, o meglio dallo «spirito popolare» (*Volksgeist*)¹⁰, al pari di altre manifestazioni culturali come la lingua e l'arte. In tutto ciò il potere legislativo non avrebbe prodotto diritto, pena la mortificazione dell'incessante impeto creativo del popolo, in quanto tale non suscettibile di essere catturato in testi normativi. Il compito di produrre diritto sarebbe spettato alla scienza giuridica, incaricata di identificare il diritto posto dal popolo e soprattutto di ridurlo a sistema coerente e completo di concetti e precetti.

Se questo era il programma della Scuola storica, esso veniva smentito dal passaggio alla Pandettistica, che nella seconda metà dell'Ottocento fondò sul diritto romano una sistematica destinata a ordinare il diritto posto dallo spirito popolare. Si finiva in tal modo per recuperare l'approccio fatto proprio dal diritto naturale, di cui pure si contestava il contenuto per la sua attinenza con il programma illuminista¹¹. Si smentivano cioè le premesse da cui la Scuola storica aveva preso le mosse: nel momento in cui traduce le creazioni dello spirito popolare in costruzioni immutabili, la scienza giuridica finisce per comportarsi esattamente come il male di cui pretende di costituire il rimedio. È comunque questo il fondamento del positivismo promosso dalla Pandettistica, il positivismo scientifico, chiamato a legittimare un diritto di carattere sapienziale. Un diritto capace di essere intimamente armonico solo se viene tenuto al riparo dall'arbitrio del potere politico, ovvero dalla sua inclinazione, considerata nefasta, a improvvisare costruzioni giuridiche¹².

Si badi che in Germania il positivismo scientifico è stato solo in parte superato con la codificazione del diritto, ovvero nel momento in cui il diritto è stato

⁸P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Roma e Bari, 2014, p. 749 s.

⁹J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), Milano, 1965, pp. 29 ss. e 40 s.

¹⁰F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840, p. 18 ss.

¹¹F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* (1967), vol. 2, Milano, 1980, p. 39.

¹²G.F. Puchta, *Corso delle istituzioni presso il popolo romano* (1841), vol. 1, Milano, 1858, p. xxvii s.

posto da un legislatore e dunque identificato con la legge. Ciò non dipende solo dal fatto che il Codice civile tedesco del 1894 si basa ampiamente sulle elaborazioni della scienza giuridica. Dipende anche e soprattutto dalla scelta di non introdurre nell'articolato definizioni di concetti generali, per evitare così il rischio di una cristallizzazione del diritto almeno al livello delle sue categorie portanti¹³. Era peraltro evidente la finalità prima di una simile scelta: riservare alla dottrina notevoli spazi di manovra come fonte di produzione delle innumerevoli regole giuridiche in cui compaiono concetti generali non definiti dal legislatore, e dunque consentirle di condividere con il potere politico un ruolo altrimenti incompatibile con l'ideologia della codificazione.

Il tutto riferibile anche ai concetti ricorrenti nel diritto pubblico, che del resto presentano sovente un notevole livello di astrazione. In tal senso un protagonista dell'epoca poté stigmatizzarne l'uso e l'abuso, osservando che ogni disposizione «contiene in sé la propria antitesi... nella formula generale la libertà, nella glossa a margine la revoca della libertà»¹⁴.

2. Il giuspositivismo e l'unicità della regola di diritto

Possiamo a questo punto riprendere le fila del discorso condotto dai comparatisti circa la funzione sovversiva della loro materia. L'intreccio delle due forme di giuspositivismo, quello legislativo e quello scientifico, sintetizza infatti ciò che essi considerano essere il costume mentale tipico dei cultori del diritto interno, e quindi il principale obiettivo delle loro critiche.

Certo, nel corso dell'Ottocento il giuspositivismo perde smalto, se non altro perché vengono meno le ragioni della sua affermazione come corollario della nascita e lo sviluppo dello Stato moderno. Il Novecento si apre invero con un crescendo di reazioni all'ortodossia teorica che ha dominato il secolo precedente, coinvolgenti il positivismo scientifico esattamente come il positivismo legislativo.

In Germania la Pandettistica, polemicamente ribattezzata come Giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*), divenne il bersaglio del movimento per il diritto libero (*Freirechtsbewegung*). I suoi fautori contestavano l'idea secondo cui «non ci sarebbe altro diritto se non quello riconosciuto dallo Stato», quantomeno perché la legge presenta lacune non colmabili ricorrendo al solo ordinamento statale. E anche il ruolo della «dogmatica» veniva identificato in termini molto diversi da quelli fino ad allora utilizzati. Ricorrere al «diritto libero con la spontaneità delle sue decisioni e la chiarezza dei suoi contenuti data dal sentimento» appariva ora inevitabile, almeno se si intendeva evitare il ricorso a «finzioni»¹⁵.

¹³ I Pandettisti richiamavano nel merito il motto di Giavoleno, secondo cui «omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit» (D. 50, 17, 202).

¹⁴ K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (1857), Roma, 1947, p. 56 s.

¹⁵ [H. Kantorowicz], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1908, pp. 13 e 15.

In Francia il dominio incontrastato della Scuola dell'esegesi venne finalmente insidiato dai critici del positivismo legislativo che diedero vita alla Scuola scientifica. Anch'essa era impegnata a contestare la riduzione del diritto alla legge e a sottolineare nel merito il ruolo della «libera ricerca scientifica» (II.1.2). Non ne derivava però la fine del positivismo legislativo, ma quantomeno una ridefinizione dei suoi fondamenti in forme meno triviali di quelle riconducibili alle ragioni storiche della sua affermazione. Se non altro perché alla conclusione della seconda guerra mondiale quei fondamenti risultavano insostenibili: le tragedie provocate dal conflitto avevano definitivamente screditato le pretese di assolutizzazione dello Stato e dei suoi imperativi (II.1.3).

Questo ha innanzi tutto indotto i fautori del positivismo legislativo a ripensare la riduzione del diritto alla legge, sul presupposto che l'obbedienza al diritto non discende dalla mera conoscenza del suo contenuto. Deve invero poter rilevare anche la sua «accettazione» da parte dei «funzionari dell'ordinamento», il che porta a riconoscere che oltre alla legge il diritto comprende anche precetti non direttamente riconducibili al legislatore: quelli nei quali si riconosce colui il quale lo applica¹⁶.

Uno stimolo a innovare il positivismo legislativo è poi giunto dalle critiche di chi ha osservato come le controversie siano decise non solo sulla base di regole, bensì anche e soprattutto sulla base di *policy* e di principi: le prime concernenti il «miglioramento di carattere economico, politico e sociale nella vita di una comunità», i secondi relativi a «un requisito di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione della morale». E visto che entrambi le *policy* e i principi non sono verbalizzati, non è dato riprodurli in modo fedele da una fonte in senso formale: si possono solo formulare come esito di una argomentazione che inevitabilmente chiama in causa i convincimenti del decisore. Se non altro perché, diversamente dalle regole «applicabili nella forma del tutto o niente», i principi necessitano di un «bilanciamento» e questo inevitabilmente implica una certa discrezionalità¹⁷.

Sulla base di queste critiche i cultori del positivismo legislativo hanno tentato di salvare il loro credo ammettendo la possibilità che il diritto positivo contempli i principi, ovvero che vi possa essere una contaminazione tra il diritto e le aspirazioni di chi lo applica¹⁸. Sul punto torneremo discorrendo del diritto come pratica interpretativa incentrata sul caso concreto, in quanto tale inscindibile dalla sua dimensione sociale e pertanto irriducibile agli schemi tipici del positivismo legislativo: a partire da quelli fondati sulla distinzione tra il diritto come è e il diritto come deve essere (I.1.4).

Altre trasformazioni del positivismo legislativo si sono imposte per contrastare il ripetersi del secondo conflitto mondiale, e in particolare per impedire il ritorno del fascismo. L'affermazione del costituzionalismo del dopoguerra (I.2.1),

¹⁶ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1994), 2ª ed., Torino, 2002, p. 137 s. (la 1ª ed. è del 1961).

¹⁷ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, p. 48 ss.

¹⁸ Cfr. P. Chiassoni, *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, Modena, 2013.

peraltro ben presto seguita dal tentativo di smantellarlo (II.3.3), ha imposto di combinare l'impegno per la difesa dell'ordine sorto dalla sconfitta della dittatura con l'approccio avalutativo¹⁹. Finendo così per mettere ulteriormente in crisi i fondamenti del giuspositivismo: lo si poteva tenere in vita solo ricorrendo a finzioni buone forse a preservare l'ortodossia teorica ma incapaci di occultare la discrezionalità inevitabilmente connessa al tentativo di difendere l'ordine emerso alla conclusione del secondo conflitto mondiale.

Si diceva che per il positivismo legislativo la conoscenza del diritto non implica l'obbedienza al diritto, presupponendo questa l'accettazione del suo contenuto. In tal senso si invita a concentrarsi sul diritto vigente e non anche sul diritto valido, ovvero sul «diritto come è» e non anche sul diritto «come deve essere». Con la precisazione che questo è riproducibile fedelmente, e che anzi «è compito della scienza giuridica in virtù del concetto stesso di scienza nel mondo moderno... descrivere il diritto come è»²⁰.

Se ne ricava che il positivismo legislativo non si è sciolto da un suo convincimento fondativo, sebbene espresso in termini rivisti: che il diritto sia riproducibile in termini fedeli e sia in tal senso descrivibile. Sappiamo peraltro che colui il quale riproduce il testo necessariamente lo integra, e vedremo fra breve che non è dato conoscere il confine tra il senso autentico del testo e la sua integrazione (I.1.3). Pertanto, sostenere la possibilità di riprodurre fedelmente il diritto, valido o vigente, ha inevitabilmente il sapore dell'antica pretesa di poter essere la bocca della legge o comunque di poter confezionare mere parafrasi del testo normativo.

Insomma, chi pretende di descrivere è in realtà parte del momento prescrittivo, o almeno aspira a esserlo, eventualmente occultando il proposito di perseguire finalità diverse da quelle cui mira l'autore del testo. E questo vale per il caso in cui si tratti di riprodurre il diritto valido, esattamente come nel caso in cui il punto di riferimento sia invece il diritto vigente: in questo secondo caso colui il quale riproduce il testo sarà l'amplificatore delle prescrizioni formulate dal suo interprete. Di qui l'accusa rivolta al positivismo di coltivare un approccio scienziata, aspetto sul quale torneremo in più occasioni.

Se poi abbandoniamo la riflessione condotta sul piano della filosofia e della teoria generale del diritto, ci confrontiamo con un panorama anch'esso indicativo di un notevole attaccamento al tradizionale modo di intendere il positivismo. Questo concerne innanzi tutto il positivismo scientifico, che caratterizza il costume di molti cultori del diritto positivo e in ultima analisi un fondamento di quanto si riassume nell'espressione: tradizione giuridica occidentale (II.3.2).

Ma anche il positivismo legislativo conserva il suo fascino, come si ricava dalla costante riproposizione di un suo corollario: il principio della unicità della re-

¹⁹Per tutti L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma e Bari, 2007.

²⁰R. Guastini, *Girovagando nella filosofia giuridica del Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, p. 242 ss.

gola di diritto, più o meno esplicitamente connesso al mito della completezza e coerenza dell'ordinamento giuridico, così come ricostruita dalla scienza giuridica a partire dalle parole del legislatore.

Se infatti i cultori del diritto interno registrano, e non potrebbero fare altrimenti, la pluralità di letture che di un testo legislativo possono essere fornite, finiscono poi inesorabilmente per esercitarsi nell'individuazione dell'unica lettura ritenuta corretta. Essi ammettono insomma una verità giuridica unica, una sola interpretazione possibile tra le molte proposte entro la comunità scientifica, o individuate dalla giurisprudenza in sede di applicazione della regola di diritto al caso concreto. Precisamente:

Nella nostra attività di giuristi territoriali noi rendiamo onore a questo principio di unità. Il nostro massimo sforzo di civilisti è quello di scoprire il modello giuridico all'interno di un determinato ordinamento. Posto un determinato quesito giuridico, noi facciamo ogni ragionevole sforzo per trovare la risposta (al singolare) al quesito; vogliamo trovare la norma (al singolare) che regola quel determinato fenomeno. È vero che per conoscere questa norma noi, dopo aver letto il codice, diamo un'occhiata ai repertori di giurisprudenza; è vero quindi che già in questo momento della ricerca del dato giuridico noi siamo disposti a considerare l'esistenza di una legge e l'esistenza di qualche cosa di completamente diverso dalla legge. È vero che in pratica noi giuristi romanisti, se in modo mentitorio affermiamo che andiamo a cercare il diritto nella legge, in realtà impariamo a conoscerlo dai libri... è vero quindi che da un punto di vista realistico noi apprendiamo il dato giuridico dal libro, poi lo verificiamo sul codice, poi lo verificiamo sulla giurisprudenza; è vero quindi che in un certo modo ci comportiamo come se a livello conscio distinguessimo nel nostro diritto una legge, una dottrina e una giurisprudenza; è vero che empiricamente sappiamo che si possono dare casi in cui la giurisprudenza non coincide con la dottrina, in cui la legge antiquata o irragionevole è stata superata da un'interpretazione più adatta, elaborata dai giudici o dai professori. È vero tutto questo; ma è anche vero che, nel reticolato di nozioni sottogiacenti al nostro modo di pensare come giuristi territoriali, troviamo l'idea per cui la risposta ad un quesito giuridico, nell'ambito di un ordinamento dato, è una sola. C'è una sola verità giuridica, la quale ha la sua fonte nella legge e viene fedelmente ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza.

È evidente che la legge potrebbe subire più di una interpretazione; ma proprio questa circostanza rinforza il principio dell'unicità della regola di diritto. Se più interpretazioni sono astrattamente possibili, si dirà che una di esse è esatta. La dottrina si imporrà come fine quello di identificarla e di indicarcela. Se la dottrina procede attraverso formule abbastanza vaghe, la giurisprudenza, strettamente legata alla pratica, arricchirà la regola dei dettagli che sono necessari per completarla. Si torna dunque all'assioma della unicità della regola di diritto²¹.

Per meglio illustrare la distinzione tra l'approccio dei comparatisti allo studio del diritto e quello tradizionalmente utilizzato dai giuristi, definiremo il primo

²¹ R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7^a ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Milano, 2019, p. 56.

come punto di vista esterno e il secondo come punto di vista interno. Prima di approfondire i due concetti occorre però avvertire che non si allude qui a una distinzione oramai consolidata nella filosofia del diritto: quella per cui si definisce esterno il punto di vista dell'osservatore che non si sente vincolato dal contenuto delle regole, e interno quello dell'osservatore che invece le utilizza come fondamento della sua condotta²².

3. Un punto di vista interno sul diritto

Il principio giuspositivista della unicità della regola di diritto presuppone e alimenta una precisa delimitazione del concetto di diritto: lo identifica con l'insieme dei precetti che, seppure con la mediazione della scienza giuridica, sono riconducibili o attribuibili al potere politico. Ciò significa concepire la riflessione sul diritto come un fatto meramente tecnico, come un'attività avalutativa cui riconoscere finalità unicamente applicative: significa ritenere il cultore del diritto connivente con il potere politico, ovvero intendere il suo operato come parte integrante del momento prescrittivo²³. E proprio questo conduce a quanto abbiamo indicato come punto di vista interno sul diritto, ovvero all'osservazione del diritto come variabile indipendente dal contesto in cui viene prodotto e applicato²⁴.

Il punto di vista interno sul diritto produce una immagine ben definita dell'ordinamento giuridico, ritenuto capace di fornire soluzioni a tutti i conflitti prodotti da quella società che pretende di rappresentare in termini meramente formali. Quel punto di vista produce cioè, inevitabilmente, una raffigurazione dell'ordinamento come insieme completo e coerente di regole, in quanto tale privo di lacune e antinomie secondo l'immagine alimentata dal «logicismo giuridico»²⁵. Se si ammettesse la loro presenza, si finirebbe per affermare la necessità di considerare il dato sostanziale delle vicende cui si applicano le costruzioni tecnico giuridiche: si finirebbe per valorizzare le fonti non formali di produzione del diritto. E proprio un simile esito intende prevenire la celebre formula contenuta nel Codice civile francese, per cui «il giudice che rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito per diniego di giustizia» (art. 4)²⁶.

²² Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 106 s.

²³ Ph. Jestaz e Ch. Jamin, *L'entité doctrinale française*, in Dalloz, 1997, Chron., p. 172.

²⁴ V. Pocar, *Guida al diritto contemporaneo*, 4ª ed., Roma e Bari, 2012, p. 7 ss.

²⁵ L. Lombardi Vallauri, *La scienza giuridica come politica del diritto*, Firenze, 1974, p. 49 ss.

²⁶ D. Gutmann, *Le juge doit respecter la cohérence du droit. Réflexions sur un imaginaire article 4½ du Code civil*, in G. Fauré e G. Koubi (a cura di), *Le titre préliminaire du code civil*, Paris, 2003, p. 109 ss.

Per convincersi di quanto sia radicata l'immagine dell'ordinamento funzionale ad alimentare il punto di vista interno sul diritto, è sufficiente considerare le tecniche interpretative che i cultori del diritto sono chiamati a utilizzare negli ordinamenti di *civil law*.

Per screditare un simile punto di vista sarebbe sufficiente rilevare che, in assenza di un criterio certo con cui selezionare la tecnica da applicare al caso concreto, la sua individuazione discende necessariamente da valutazioni di ordine arbitrario o meglio politico: tanto da legittimare la conclusione che vi sono «esattamente tanti ordinamenti giuridici quanti sono i metodi di interpretazione»²⁷. Non è però questo il tema su cui si appunta la discussione, tutta volta a documentare come le diverse tecniche costituiscono in ultima analisi un riscontro della validità del positivismo giuridico quale fondamento per la ricostruzione del lavoro dell'interprete: in massima parte esse si fondano sulla possibilità di ridurre il diritto alla legge, ovvero a quanto prescritto dalle fonti formali di produzione, anche quando questa riduzione presuppone il ricorso a finzioni. Così è ad esempio per l'argomento psicologico, per cui l'interprete è chiamato a riferirsi alla volontà del legislatore, o per l'argomento teleologico, che fa leva sulle finalità perseguite dal legislatore nel momento in cui ha formulato la regola, o ancora per l'argomento storico, invocato per sostenere quanto è stata definita in termini di ipotesi del legislatore conservatore²⁸.

Certo, un simile argomento viene formalmente imposto all'interprete, costretto al rispetto delle massime giuspositiviste non ultimo dalle disposizioni che molti codici civili dedicano all'autointegrazione dell'ordinamento, o alla soluzione delle eventuali antinomie. Sono infatti residuali i casi in cui è consentito derogare a quelle massime, celebrate come principali punti di riferimento per l'interprete. Si pensi per esempio al Codice civile austriaco del 1811, con il suo richiamo di ultima istanza ai «principi di diritto naturale» (par. 7), o al Codice civile svizzero del 1907, che nel silenzio della legge e della consuetudine autorizza l'interprete a decidere secondo «la regola che egli adotterebbe come legislatore» (art. 1).

Più diffuse sono invece le ipotesi in cui si evitano persino le timide aperture appena viste, come documentato in particolare dalle disposizioni del Codice civile italiano in materia di lacune e antinomie dell'ordinamento. E si capisce: l'articolo è stato confezionato durante il fascismo (1942), ovvero da parte di un regime che esaltava la dimensione statuale del diritto, e inoltre mostrava sfiducia nei confronti dei giudici, sospettati di non essere sufficientemente allineati al volere del potere politico.

Quanto alle lacune, il Codice civile italiano stabilisce che, in assenza di regole applicabili a una controversia direttamente o per analogia, si può ricorrere ai

²⁷ L. Lombardi Vallauri, *La scienza giuridica come politica del diritto*, cit., p. 74 ripotando parole di Adolf Merkl.

²⁸ Per tutti G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1980, p. 364 ss.

principi generali, i quali devono però essere ricavati dall'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 disp. prel.). La stessa deferenza nei confronti delle massime giuspositiviste emerge poi dalle disposizioni destinate a risolvere le antinomie, tutte incentrate sulle modalità con cui coordinare le parole del legislatore che dovessero apparire contrastanti, come ad esempio la disposizione relativa alla gerarchia delle fonti (art. 1 disp. prel.), o alla successione delle leggi nel tempo (art. 15 disp. prel.).

Peraltro, se anche il punto di vista interno sul diritto viene imposto dal legislatore, l'ossequio alle massime giuspositiviste costituisce un dato ineliminabile per la rappresentazione, o meglio autorappresentazione, del giurista: per l'immagine che egli produce e riproduce delle funzioni sociali che è chiamato a svolgere. Eppure quell'ossequio appare sempre più un atteggiamento esibito soprattutto per celare strategie o convinzioni di segno opposto, per salvare la facciata di un edificio corrispondente a un identikit del cultore del diritto che in qualche modo si vuole sia, e resti, diffuso nel corpo sociale.

Insomma, il giuspositivismo può essere considerato una strategia del ceto dei giuristi in quanto attiene alla legittimazione del suo potere, incentrata su vicende differenti da quelle tipiche del potere politico. Anzi, il giurista ha bisogno di presentarsi come risolutore di conflitti distante dall'arena delle passioni politiche, capace di assumere decisioni la cui bontà discende dal loro essere il frutto di valutazioni tecniche: è questo, in fin dei conti, il tratto caratteristico del diritto occidentale, di cui il giurista in quanto detentore di un sapere specialistico è l'anima ispiratrice e il custode (II.3.2). Per questo il giurista ama accreditarsi come detentore di un potere insieme razionale e tradizionale: il primo fondato «sulla credenza nella legalità di ordinamenti statuiti» e dunque sulla conoscenza e riproduzione di un ordine completo e coerente, il secondo «sulla credenza quotidiana nel carattere sacro» di quell'ordine, tale in quanto «valido da sempre»²⁹.

È soprattutto il diritto privato a offrire riscontri di quanto abbiamo detto, motivo per cui è stato in particolare nel suo ambito che la comparazione, con la sua carica sovversiva di ortodossie teoriche considerate immutabili, si è inizialmente diffusa e sviluppata. Lo ricaviamo tuttora e in modo esemplare dalla ricerca quasi spasmodica, tipica della riflessione privatistica, di un nesso tra le costruzioni di volta in volta proposte e il diritto romano, o meglio quanto si reputa essere stato il diritto romano. I riferimenti a quest'ultimo sono chiamati a conferire all'operato del giurista, oltre al crisma della legalità, anche quello della sacralità riconosciuta alle scelte ricavate da principi radicati nel tempo³⁰. Si spiega così, da ultimo, il tentativo di proporre un diritto privato europeo di matrice sapienziale, su base romanistica, frutto di quanto può essere definita una vera e propria Neopandettistica (II.1.1).

²⁹ M. Weber, *Economia e società* (1922), vol. 1, Torino, 1999, p. 210 ss.

³⁰ A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 10 ss.